

Señores

**JUZGADO CUARTO (4) ADMINISTRATIVO DEL POPAYÁN**

[j04admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j04admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**REFERENCIA:** ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA  
**RADICACIÓN:** 190013333004-**2018-00044-00**  
**DEMANDANTES:** BLANCA OLIVIA MUÑOZ PAPAMIJA Y OTROS  
**DEMANDADO:** EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. Y OTROS  
**LLAMADOS EN GARANTÍA:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTROS

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.** procedo a **REASUMIR** el poder a mí conferido en el proceso de la referencia, y a presentar dentro del término legal, los **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya que se profiera sentencia favorable a los intereses de mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

### **CAPÍTULO I** **OPORTUNIDAD**

En la audiencia de pruebas celebrada el pasado 11 de febrero de 2025, el despacho ordenó el cierre del período probatorio y corrió traslado para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días hábiles. Por lo anterior, el término para presentar los alegatos de conclusión transcurrió los días 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 24 y **25 de febrero de 2025**. De tal modo, el escrito se presenta dentro de la oportunidad procesal respectiva.

### **CAPÍTULO II** **PROBLEMA JURÍDICO**

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán en audiencia inicial del 10 de septiembre de 2024, fijó el litigio de la siguiente forma:

*El Despacho debe establecer, si el MUNICIPIO DE BOLIVAR, CAUCA, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, son administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales que dice la parte actora que se les ocasionaron a raíz de las lesiones de que fue objeto LEYDI JHOANA ANACONA MUÑOZ, el 2 de febrero de 2016 al caer desde el andén por donde transitaba por la carrera 4 entre calles 6 y 7 del municipio de*

*Bolívar, Cauca, a un hueco dejado en la construcción de obras de optimización y ampliación del sistema de acueducto y alcantarillado sanitario y pluvial de la cabecera municipal de Bolívar, Cauca.*

*Como problema jurídico asociado y en caso de resultar condenada EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., se deberá determinar, si las llamadas en garantía por este ente, deben entrar a responder por la condena impuesta en virtud de dicha calidad, teniendo en cuenta los contratos suscritos, tanto de obra como el contrato de interventoría, como los contratos de las aseguradoras.*

Es necesario advertir desde este momento, que la parte demandante no logró acreditar que el accidente que sufrió la menor Leidy Jhoana Anacona Muñoz el 2 de febrero de 2016 hubiera sido causado por una acción u omisión del CONSORCIO BOLIVAR 2014, quien fue el ejecutor de la obra No. 035 del 2014 contratada por EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., toda vez que en el transcurso del proceso se logró demostrar que las obras realizadas por el contratista en la carrera 4 entre calles 6 y 7 habían terminado para el mes de diciembre de 2015, tal como se evidencia en los informes No. 11,12 y 13 que reposan en el expediente. En este sentido, al probarse que para el 2 de febrero de 2016 el contratista no estaba ejecutando ninguna obra en el lugar donde ocurrió el accidente de la menor Leidy Jhoana, no es posible atribuir ninguna responsabilidad ante la inexistencia del hecho y del nexo de causalidad.

### CAPÍTULO III

#### FRENTE A LO PROBADO EN EL PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA

#### **I. FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA CONDUCTA DEL CONTRATISTA Y DEL NEXO DE CAUSALIDAD**

Es preciso advertir al despacho que la parte demandante no logró demostrar que el accidente que sufrió la menor Leidy Jhoana, el 2 de febrero de 2016, hubiera sido causado por un hueco sin señalización que se encontraba en la carrera 4 entre calles 6 y 7 del municipio de Bolívar - Cauca, con ocasión a la ejecución de las obras desarrolladas por el Consorcio Bolívar 2014 y que hacían parte del contrato de obra No. 035 del 2014 contratado por EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. Lo anterior, en razón a que con las pruebas decretadas y practicadas no se acreditó que la ocurrencia del accidente se debiera a dicha causa y mucho menos que fuera atribuible al contratista, por lo tanto, al no demostrarse el elemento fundamental de la responsabilidad, no es posible proferir un fallo condenatorio en contra de las demandadas ni de mi procurada.

- **Ineficacia probatoria de los testimonios de Alba Luz Mosquera y Kelly Amparo López**

Frente a las declaraciones de Alba Luz y Kelly Amparo, se debe destacar que ninguna de las dos fue testigo directo del accidente, toda vez que manifestaron que no se encontraban en ese momento con la menor, por lo que no evidenciaron el momento exacto de su ocurrencia. Así mismo, ninguna de las dos testigos pudo informar si las obras que supuestamente se estaban desarrollando eran

realizadas por el Consorcio Bolívar 2014 u otro consorcio, ya que no conocían qué entidad o empresa estaba a cargo de su ejecución.

- **Ineficacia probatoria del interrogatorio de parte de la señora Blanca Olivia Muñoz Papamija**

En relación con las manifestaciones de la madre de la menor Leidy Jhoana Anacona Muñoz, es necesario indicar que tampoco fue testigo directo de los hechos, toda vez que confesó que no estaba con ella, sino que la menor de siete años transitaba sola por la calle junto con otra menor de edad. Así mismo, tampoco pudo acreditar qué empresa o entidad estaba desarrollando las supuestas obras, ya que no conocía dicha información.

- **Ineficacia probatoria de la historia clínica**

Ahora bien, la parte demandante allegó la historia clínica de la atención de la menor Leidy Jhoana, no obstante, dicho documento no consagra las circunstancias en que ocurrió el accidente, incluso en el motivo de consulta se indica que la familiar de la menor refiere que cayó de su propia altura y no por un hueco derivado de unas obras, tal como se puede evidenciar:

[19100011401] ELSE SUROCCIDENTE BOLIVAR

**\*\*NOTAS DE ENFERMERIA del 2-Feb-2016 06:58 pm: 7 Años**  
Id: 540681

**EXÁMEN FÍSICO**  
Inspección general: MENOR ALGIDA  
Frec. cardiaca: 86, Frec. respiratoria: 20, Temperatura: 36.5°C, Peso: --,  
Talla: --, IMC: 0.00 Sin clasificar, Perímetro cintura: --, Saturación O2: --,  
Filtración glomerular: --, Estado al llegar: Consciente, Colaborador en la  
consulta: SI, Usuario hidratado: SI, Aparentemente embriagado: NO  
Tensión arterial: Sentado: 0 / 0 (Sin determinar), Acostado: --, De pie: --,  
Cúbito Lat.Izq.: --

**EVOLUCIÓN**  
02/02/2016 18+45 HORAS INGRESA PACIENTE MENOR DE EDAD AL  
SERVICIO DE URGENCIAS, IRRITABLE, CONSIENTE, ORIENTADA, CON  
SIGNOS VITALES ESTABLES, FAMILIAR REFIERE QUE SE CAYO DE SU  
PROPIA ALTURA, MEDICO DE TURNO VALORA Y ORDENA RAYOS X DE  
PIERNA, PENDIENTE DEFINIR CONDUCTA.

**\*\*BALANCE DE LIQUIDOS EN HOSPITALIZACION / BALANCE DE  
LIQUIDOS\*\***

Lo anterior, contradice claramente su dicho y los fundamentos fácticos de la demanda, por lo que lejos de probar sus pretensiones, lo que permite el análisis de cada una de las pruebas practicadas es la configuración de la culpa exclusiva de la víctima.

## II. EN EL PROCESO SE DEMOSTRÓ QUE LAS OBRAS REALIZADAS EN LA CARRERA 4 CON CALLES 6 Y 7 FINALIZARON EN EL MES DE DICIEMBRE DE 2015

En el transcurso del debate probatorio quedó plenamente acreditado que en relación con las obras que se desarrollaron en la carrera 4 con calles 6 y 7, lugar donde ocurrió el accidente de la menor Leidy Jhoana, estas **iniciaron en el mes de octubre y finalizaron en el mes de diciembre de 2015**, en este sentido, no es posible atribuir la responsabilidad de lo sucedido al contratista de la obra, Consorcio Bolívar 2014, ni al contratante de la obra, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., toda vez

que para la fecha del accidente, el contratista no se encontraba realizando ninguna intervención en el lugar en que ocurrió el accidente. Lo anterior, puede corroborarse con los informes mensuales de interventoría No. 11, 12 y 13, en los cuales se evidencia que para el 2 de octubre de 2015 la carrera 4 con calles 6 y 7 estaba intervenida por el Consorcio, pero que sus labores en dicha zona terminaron el 11 de diciembre de 2015 cuando realizaron la última tarea, que era pavimentar la carretera. Observemos:



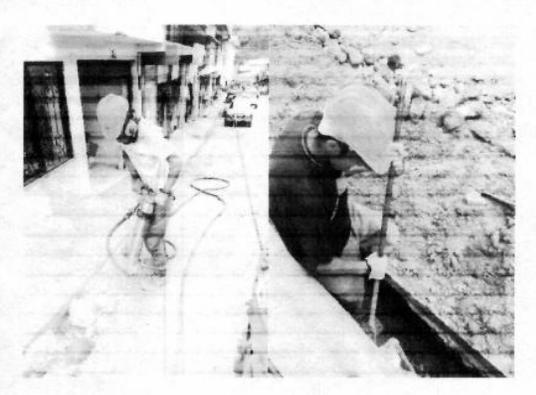
Fecha: 26 – 2 de octubre de 2015

Carrera 4 entre calles 6 y 7, se excavó 40 metros de tramo de tubería, se instalaron 6 tubos de diámetro 2" y se instalaron 5 collarines de diámetro 2".



FECHA: 14 al 23 de octubre de 2015

**OBSERVACIONES:**  
Carrera 4 entre calles 6 y 7, se excavó 18 metros correspondientes a acometidas domiciliarias y se instalaron 3 collarines de diámetro 2".



Fecha: 3 – 13 de octubre de 2015

Carrera 4 entre calles 6 y 7, se excavó 40 metros de tramo de tubería, se instalaron 6 tubos de diámetro 2" y se instalaron 4 collarines de diámetro 2".



FECHA: 4 al 11 de diciembre de 2015

**OBSERVACIONES:**  
Carrera 4 entre calles 6 y 7, se fundió 12,9 m3 de concreto hidráulico para cunetas, con la supervisión de la Interventoría.

Es de aclarar que el Contrato de Obra No. 035 del 2014 no se ejecutaba al mismo tiempo en todas las zonas del municipio de Bolívar, sino que el Consorcio realizaba las obras por cuadras, y una vez finalizaban, pasaban a la siguiente. En este sentido, la carrera 4 con calles 6 y 7 fue intervenida únicamente entre el mes de octubre y diciembre de 2015 por parte del Consorcio Bolívar 2014.

Lo anterior, también puede verificarse con las declaraciones rendidas por los señores Héctor Eduardo Ríos Fuentes, integrante del Consorcio Bolívar 2014, y Jimmy Alexander Astudillo, representante legal del Consorcio Bolívar:

**Interrogatorio de Héctor Eduardo Ríos Fuentes - Audiencia del 11 de febrero de 2025**

**Minuto: 16:50**

**Apoderado:** ¿Qué proyecto ejecutó en el municipio de Bolívar?

**Héctor:** Nosotros ejecutamos la reposición del acueducto, en la cabecera municipal de Bolívar en su gran mayoría y una parte por fuera rural.

**Apoderado:** Para la fecha 2 de febrero de 2016, ¿estaba en ejecución el contrato de obra del cual usted fue adjudicatario?

**Héctor:** (...) Lo que yo pude ver y verificar en los informes y la bitácora que es lo que nosotros utilizamos para el desarrollo de cualquier obra, de lo que pasa en el día a día, semana a semana, es que donde dicen que la niña sufrió la caída en un hueco, se fracturó y todo eso, nosotros en esa cuadra sí intervenimos pero fue unos meses antes, de acuerdo con la información que hay como registro, porque la verdad me tocó leerla, porque no la recordaba, ni nada, entonces la leí en estos días, ahí se evidencia muy claro en los informes de interventoría, del informe 11 al informe 13 que cubrían los meses de octubre, noviembre y diciembre, donde esa cuadra es intervenida en el mes de octubre y terminan en el mes de diciembre del 2015.

**Apoderado:** Usted manifiesta que la obra fue entregada en el 2015, ustedes entregaron lo ejecutado en qué estado.

**Héctor:** O sea lo que se ejecutó en esa cuadra, lo que pasa es que es por cuadra, por manzana, lo que se ejecutó en esa cuadra fue el 100%.

**Apoderado:** Cuando se entrega la obra, ¿se entrega con pavimento?

**Héctor:** Sí, están los registros fotográficos, está la información de interventoría, que es la persona que está a cargo de llevar ese registro, obviamente en compañía de nosotros, los contratistas (...)

Si lo que usted me pregunta es que si esa cuadra para el mes de diciembre estaba terminada al 100%, la respuesta es que sí, tanto en la bitácora como en los informes, si usted revisa el informe No. 11 (...) puede evidenciar de que a mediados de octubre, la segunda semana de octubre, se inicia los trabajos en la dirección que hacen mención, y a finales en el último informe No. 13, se evidencia de que ya está pavimentado y hay fotografías del pavimento y todo.

**Testimonio de Jimmy Alexander Astudillo - Audiencia del 11 de febrero de 2025**

**Minuto: 31:40**

**Apoderado:** Indique por favor al despacho la fecha si se tiene o un estimado más o menos de cuándo se intervino la carrera 4 entre calles 6 y 7 del municipio de Bolívar.

**Jimmy:** la carrera 4 entre calles 6 y 7 se intervino inicialmente en el mes de octubre, noviembre y terminamos la intervención en diciembre, esto se puede corroborar en la bitácora como en los informes de obra No. 11, 12 y 13 que está en el archivo de EMCASERVICIOS.

**Apoderado:** Por favor, ¿de qué año?

**Jimmy:** Del 2015.

Así las cosas, se encuentra probado más allá de toda duda, que el Consorcio Bolívar 2014 no tuvo ninguna injerencia en la producción del accidente del 2 de febrero de 2016 en el que resultó lesionada la menor Leidy Jhoana Anaconda Muñoz, toda vez que para dicha fecha el Consorcio ya había terminado las obras en la carrera 4 entre calles 6 y 7 del municipio de Bolívar. En este sentido,

dado que la parte actora atribuye como causa eficiente del accidente la existencia de un hueco sin señalización producto de unas obras, no es posible atribuir la responsabilidad al Consorcio en razón que para la fecha no estaba desarrollando ninguna obra, por lo tanto, deberá exonerársele de toda responsabilidad junto con el contratante de la obra EMCARSERVICIOS.

### III. EN EL PROCESO SE DEMOSTRÓ LA CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA EN LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE

En subsidio de los anteriores reparos, en el caso que el despacho considere que el Consorcio Bolívar 2014 y a EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. les asiste algún grado de responsabilidad por los hechos ocurridos el 2 de febrero de 2016, es necesario advertir que está demostrado la culpa exclusiva y determinante de la víctima en la producción del daño, toda vez que Leidy Jhoana Anacona Muñoz al contar con siete (7) años de edad debía estar bajo la supervisión de alguno de sus padres, sin embargo, la falta de cuidado y supervisión por parte de sus cuidadores ocasionó que la menor transitara sola en la calle, que no utilizara el andén que es el espacio habilitado para los transeúntes, que decidiera caminar con la carga adicional de una silla y además que lo decidiera hacer por la carretera que aparentemente estaba intervenida con una obra, a pesar, de que contaba con un andén habilitado para evitar dicho peligro. En este sentido, es claro que la causa eficiente del accidente y del daño sufrido por la menor fue la propia negligencia de su cuidador.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha definido la culpa exclusiva de la víctima como:

***La violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.***

*La culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita. **Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.**<sup>1</sup>*

*(Negrilla fuera del texto)*

En el caso concreto, el Consejo de Estado, gracias a su avance jurisprudencial, ha tenido la oportunidad de referirse a la culpa exclusiva de la víctima desde la perspectiva de un menor lesionado, donde los padres o cuidadores adquieren la calidad de víctimas indirectas y contribuyen en la causación del daño alegado, veamos:

*“ii) Culpa exclusiva de la víctima*

<sup>1</sup> Sentencia del 4 de abril del 2018. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No. 54001-23-31-000-2010-00466-01 (42222).

*Frente a la culpa exclusiva de la víctima, esta Corporación ha sostenido que, para que se configure, se debe probar no solo la participación de la víctima en la producción del daño sino que, además, “que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”.*

*En este punto, debe advertirse que el menor para el momento del accidente contaba con 11 años de edad, por lo que es posible entrar a estudiar si su actuar fue la causa exclusiva y determinante del daño, pues no es aplicable lo prescrito en el artículo 2346 del Código Civil, toda vez que, la imposibilidad de predicar dolo o culpa se encuentra instituida para los menores de 10 años y dementes.*

***Además, no puede pasarse por alto que esta Sección ha establecido que en aquellos eventos en los que se estudia la responsabilidad por actividad peligrosa, se ha considerado que los padres del menor lesionado son víctimas indirectas, por lo que su actuar negligente también puede contribuir a la causación del daño.***<sup>2</sup>

*(Negrilla fuera del texto)*

En el presente caso se evidencia que la menor Leidy Jhoana Anacona Muñoz de tan solo siete (7) años transitaba únicamente junto con otra menor de edad por las calles del municipio de Bolívar, esto fue declarado por la señora Alba Luz Mosquera y por su propia madre Blanca Olivia Muñoz Papamija, quien confesó que en el momento que ocurrió el accidente ninguno de sus cuidadores o una persona mayor de edad se encontraba con su hija:

***Interrogatorio Blanca Olivia Muñoz Papamija – Audiencia 6 de febrero de 2025***

***Minuto 9:03***

*Apoderado: ¿La menor con quién iba acompañada a la hora del suceso?*

*Blanca: Ella iba con otra niña*

*Apoderado: ¿Iba con otra menor de edad?*

*Blanca: Sí*

Así mismo, las declaraciones de las señoras Alba Luz Mosquera y Kelly Amparo López, concuerdan en que el supuesto hueco estaba en la carretera, que estaba habilitado el andén para el paso peatonal y que muy seguramente la niña iba distraída y fue por eso que sufrió la caída:

***Testimonio de la señora Alba Luz Mosquera – Audiencia 6 de febrero de 2025***

***Minuto: 56:35***

*Apoderado: ¿El hueco o la chamba como usted indica estaba ubicado en la carretera o en el andén donde van los transeúntes?*

*Testigo: En la calle*

*Apoderado: ¿Había paso por el andén? ¿Las personas que pasaban por ahí podían pasar por el andén?*

*Testigo: Claro se podía pasar por el andén.*

***Minuto 1:13:5***

*Apoderado: Usted hace un rato mencionaba que la niña debía hacer ido distraída o jugando desde que se cayó al hueco ¿por qué mencionó esto?*

*Testigo: Porque yo me imagino que iba distraída porque si uno no va distraído no se va al hueco (...).*

<sup>2</sup> Sentencia del 31 de julio de 2020. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección A. M.P. Marta Nubia Velázquez Rico. Radicación No. 76001-23-31-000-2009-00439-01 (58.204).

*Apoderado: Entonces ¿usted considera que si no hubiese ido distraída entonces no se cae?  
Testigo: Claro*

**Testimonio de Kelly Amparo López – Audiencia 6 de febrero de 2025**

**Minuto 1:58:50**

*Apoderado: Cuénteles al despacho si para pasar por ahí, necesariamente había que pasar junto al hueco o había otro sitio para pasar por la vía.*

*Testigo: No claro sí, había un espacio para el lado de la carretera obviamente, había espacio claro.*

**Minuto 2:06:35**

*Apoderado: ¿La obra permitía el tránsito de vehículos y peatones?*

*Testigo: Claro sí, de vehículos sí porque el hueco era en una esquina, sí claro.*

*Apoderado: En ese sentido, ¿el hueco estaba ubicado en la calle o en el andén?*

*Testigo: En la carretera.*

**Minuto 2:08:28**

*Apoderado: Cuando la niña transitaba en la calle tenía observancia de su transitar*

*Testigo: Como uno de niño se distrae a veces y pues imagínese, un niño es un niño.*

En este orden de ideas, es evidente la falta de vigilancia y supervisión de la señora Blanca Olivia Muñoz Papamija con su hija menor, toda vez que permitió que transitara sola por las calles del municipio de Bolívar, sin tener el conocimiento y atención de las circunstancias de la carretera, dado que la menor decidió transitar por la vía donde supuestamente estaban ejecutando las obras y no por el paso peatonal habilitado (andén). Por lo anterior, es claro que la falta de vigilancia de sus cuidadores fue el factor exclusivo y determinante del accidente, toda vez que si la menor hubiera estado acompañado de un adulto responsable, el accidente se hubiera evitado, pues tal como se demostró con los informes de interventoría, la obra cumplía con todas las obligaciones de señalización, por lo que la causa eficiente no fue su inexistencia, sino la ausencia de observación por parte de la menor y la falta de supervisión de sus cuidadores.

**IV. EN EL REMOTO ESCENARIO DE UNA CONDENA, SE ENCUENTRA ACREDITADA LA INCIDENCIA DE LA VÍCTIMA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO / CONCURRENCIA DE CULPAS**

En el improbable evento que el despacho considere que al contratista de la obra le corresponde algún grado de responsabilidad, es preciso advertir que deberá aplicar la respectiva reducción en la indemnización en proporción a la contribución en el daño por parte de los cuidadores de la menor Leidy Jhoana Anaconda Muñoz, quienes al incumplir el deber de supervisión y vigilancia, permitieron que la menor transitara sola por las calles del municipio de Bolívar sin la atención requerida, lo cual, contribuyó notoriamente en la producción del accidente.

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido en su jurisprudencia lo siguiente:

*El comportamiento de la víctima habilita al juzgador para reducir el cuántum indemnizatorio (artículo 2357 del Código Civil) en la medida en que la misma hubiere dado lugar al daño; es*

*decir, cuando la conducta de los perjudicados participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado.*

*Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales –daño antijurídico, factor de imputación y nexo causal–, la conducta del perjudicado solamente puede tener relevancia como factor de minoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características para configurar una co-causación del daño. En esta dirección puede sostenerse que no es de recibo el análisis aislado o meramente conjetural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada co-causalmente en la producción de la cadena causal.<sup>3</sup>*

Así mismo, en distinto pronunciamiento la misma Corporación estableció que en el caso en que la negligencia de la víctima incida para que se exponga imprudentemente al daño, deberá necesariamente realizarse una reducción de la indemnización. Lo anterior fue manifestado en un caso en el que se declaró la contribución de la víctima en la realización del daño y su grado de participación se estimó en un 50%:

*Todo ello, en pos de la responsabilidad que por el riesgo creado debe afrontar la entidad demandada –Fiscalía General de la Nación– implica que, en merecimiento de la culpa evidenciada de la víctima, se debe efectuar una reducción en la condena, la cual se estima, por el nivel de incidencia de la negligencia de los demandantes –propietarios de edificio donde funcionaba el centro comercial–, equivalente al 50% de los perjuicios que lleguen a probarse y concederse en favor de estas personas, ya que del mismo tenor del riesgo que reclaman, fue la imprudencia de los demandantes en la no evitación del daño<sup>4</sup>.*

En este sentido, es evidente que la falta de cuidado y supervisión de los padres con la menor Leidy Jhoana fue un factor determinante en la producción del accidente, ya que permitieron que transitara sola por una calle donde estaban ejecutando obras, además, permitieron, que la misma circulara propiamente por la carretera y no por el andén que es el espacio asignado para los peatones, lo cual, de haber sido atendido, hubiera evitado el accidente, ya que el supuesto hueco estaba en la parte de la carretera donde circulaban los vehículos y no en el andén donde deben circular las personas.

## **V. EN EL IMPROBABLE ESCENARIO DE UNA CONDENA, LA PARTE DEMANDANTE NO ACREDITÓ LO PERJUICIOS SOLICITADOS EN LA DEMANDA**

Es imperativo afirmar que la parte demandante no logró demostrar que el accidente sufrido por la menor Leidy Jhoana el 2 de febrero de 2016 fue causado por la acción u omisión del contratista Consorcio Bolívar 2014, toda vez que se encuentra acreditado que para dicha fecha, las obras realizadas en la carrera 4 entre calles 6 y 7 del municipio de Bolívar, habían finalizado desde el mes de diciembre de 2015. En este sentido, no es posible que el despacho condene a las entidades demandadas y a mi procurada al pago de perjuicios, debido a que la parte actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar la responsabilidad.

<sup>3</sup> Sentencia del 7 de abril del 2011. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1998-00349-01(19256).

<sup>4</sup> Sentencia del 24 de enero de 2019. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Radicación No. 43112.

No obstante, en el remoto e improbable caso que el despacho considere proferir un fallo condenatorio, es necesario que se tenga en cuenta que los perjuicios no fueron acreditados por la parte demandante y, por ende, conceder cualquier tipo de indemnización sin sustento probatorio resultaría contrario a derecho, veamos:

- **Daño moral**

La parte demandante solicitó a título de daño moral las siguientes sumas:

- Leidy Jhoana Anacona Muñoz: 100 SMMLV
- Blanca Olivia Muñoz Papamija: 100 SMMLV
- Alberto Anacona Guaca: 100 SMMLV
- David Alejandro Ruiz Muñoz: 100 SMMLV
- Erika Viviana Anacona Muñoz: 100 SMMLV

Es necesario manifestar, que dicha pretensión no puede derivarse de calificaciones subjetivas realizadas por los mismos demandantes, sino que debe basarse en factores objetivos como la gravedad de la lesión sufrida, pues es así como lo ha determinado el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014:

*Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.*

*La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.*

**Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paternofiliales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%, a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%, a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%, a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%, a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior a 10%.<sup>5</sup>**

*(Negrilla fuera del texto).*

En este sentido, la parte actora está solicitando como indemnización el tope máximo concedido por esta jurisdicción para los casos en los que la gravedad de la lesión es igual o mayor a 50%, lo que corresponde a un estado de invalidez o muerte, lo cual, es claro no es el caso de la menor Leidy

<sup>5</sup> Sentencia del 28 de agosto de 2014. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Radicación No. 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172).

Jhoana. Aunado a ello, en el proceso no se allegó ninguna calificación de pérdida de capacidad o dictamen pericial que permitiera determinar la gravedad de la lesión que supuestamente sufrió la menor, por lo tanto, sus pretensiones carecen de todo sustento jurídico por lo que no es procedente que el despacho conceda dicho perjuicio toda vez que no fue probado con elementos ciertos y objetivos.

- **Daño a la salud**

La parte actora solicitó la suma de 400 SMMLV a favor de la menor Leidy Jhoana Anacona Muñoz por concepto de daño a la salud, sin embargo, en el desarrollo del proceso no demostró con ningún medio de convicción objetivo la gravedad de la lesión que sufrió la víctima, por lo tanto, al no cumplir con los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, no es posible reconocer ningún tipo de indemnización, toda vez que el daño a la salud se conforma de dos componentes, i) uno objetivo derivado de la gravedad de la lesión padecida que se establece con el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que se determina por la naturaleza de la lesión padecida y que permite incrementar, según la regla de excepción, el valor reconocido en el componente objetivo<sup>7</sup>. En el caso concreto, la parte demandante no acreditó ningún de los dos componentes, por lo tanto, no es posible reconocer ningún tipo de indemnización por concepto de daño a la salud.

- **Daño en la vida de relación**

Es preciso recordar que este daño no es un perjuicio autónomo, sino que se encuentra incluido en el daño a la salud, por lo tanto, no es procedente que el despacho acceda a la solicitud de reconocer 100 SMMLV a cada uno de los demandantes, ya que este perjuicio está reconocido dentro del daño a la salud y este solo puede ser concedido a la víctima directa del daño que es la menor Leidy Jhoana.

- **Daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos**

Frente a este perjuicio, la parte actora solicitó el reconocimiento de 100 SMMLV a favor de Leidy Jhoana Anacona Muñoz por las lesiones que sufrió el 2 de febrero de 2016. Al respecto, es necesario recordar lo que ha establecido el Consejo de Estado en relación con este tipo de daño:

El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características: i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. ii) **Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen**

<sup>6</sup> Sentencia del 28 de agosto de 2014. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación No. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804).

<sup>7</sup> Sentencia del 3 de abril de 2020. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00421-01 (49426).

**un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.** iii) Es un daño autónomo (...) iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva (...). La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos: i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial. ii) La reparación del daño es dispositiva (...) iii) La legitimación de las víctimas del daño (...) **iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario (...)** v) **Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración (...)** vi) **Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, (...) sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. (...) En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.**<sup>8</sup>

(Negrilla y subrayado fuera del texto).

De lo anterior, es necesario precisar que las medidas de reparación por la vulneración de bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos son principalmente no pecuniarias, sin embargo, el Consejo de Estado excepcionalmente ha aceptado otorgar una indemnización a la víctima directa cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes.

En el caso concreto no es procedente el reconocimiento de esta indemnización excepcional, en razón a que los argumentos que esboza la parte demandante son propios del daño a la salud, perjuicio que ya fue solicitado en la demanda. Por lo tanto, los perjuicios solicitados son suficientes para reparar el presunto daño ocasionado y no existe un argumento y/o medio de convicción que acredite la necesidad de una medida excepcional.

- **Daño emergente**

La parte actora solicitó a título de daño emergente la suma de \$877.600 pesos m/cte por concepto de gastos de transporte, alimentación, medicamentos, entre otros, sin embargo, en el transcurso del proceso no fue allegada ninguna prueba o documento que permitiera acreditar dichos gastos, que los mismos hubiesen egresado del patrimonio de los demandantes y que se hubieran ocasionado debido al accidente del 2 de febrero de 2016. Por lo anterior, no es procedente que el despacho reconozca dicha suma.

<sup>8</sup> Sentencia del 28 de agosto de 2014. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicación No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

- **Lucro cesante**

La parte demandante solicitó el reconocimiento del lucro cesante por un valor de \$28.652.077 pesos m/cte., sin allegar ningún elemento de convicción que permita acreditar que la menor Leidy Jhoana al momento de llegar a su edad productiva, estaría impedida para ejercer una actividad que le representara un provecho económico.

En este sentido, es necesario recordar que el perjuicio del lucro cesante ha sido entendido como uno de naturaleza material, económico, de contenido pecuniario y que consiste en la afectación de un derecho patrimonial reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir a causa del daño padecido.

Por lo anterior, para que sea posible el reconocimiento del perjuicio de naturaleza económica, es necesario que se acredite su existencia cierta, actual o futura mediante elementos de convicción que permitan determinar el valor dejado de percibir. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del (...) perjuicio que el daño ocasionó (...). **Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)”** <sup>9</sup>*

*(Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En igual sentido, la misma corporación afirmó en sentencia del 24 de junio de 2008, lo siguiente:

*“(...) **En cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual.** Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado (...)*

*Vale decir que **el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente** (...)*

*Por último están **todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los***

<sup>9</sup> Sentencia del 12 de junio de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2107-2018.

**cuales, por obvias razones, no son indemnizables”.**<sup>10</sup>

*(Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En consecuencia, el lucro cesante no puede constituirse sobre conceptos hipotéticos o simples conjeturas que no están justificadas en posibilidad ciertas y objetivas. De manera que es deber de la parte demandante acreditar el ingreso que dejó de percibir al momento de la ocurrencia del daño, la actividad productiva que desarrollaba al momento del accidente, pero todo esto basado en medios de convicción ciertos y no meramente especulativos.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 10 de julio de 2019, limitó todas las posibles discusiones que se pudieran derivar de este perjuicio y eliminó la presunción de que toda persona en edad productiva devenga al menos un salario mínimo, en cuanto contrariaba con la certeza exigida para conceder dicha indemnización, de manera que estableció que el lucro cesante solo sería reconocido cuando obren las pruebas suficientes que lo acrediten:

**“La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto. (...)**

*En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador **solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.***

*Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.*

**La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante”.**<sup>11</sup>

*(Negrilla y subrayado fuera del texto).*

En definitiva, no es posible reconocer ningún perjuicio a título de lucro cesante a favor de la parte

<sup>10</sup> Sentencia del 24 de junio de 2008. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC 2000-01121-01.

<sup>11</sup> Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572).

demandante, toda vez que i) la víctima era menor de edad por lo que para la fecha del accidente no desempeñaba ninguna actividad económica y ii) no está acreditado que la menor cuando alcance su edad productiva esté impedida de realizar alguna actividad que le represente un provecho económico, por lo que no es posible reconocer dicha indemnización.

#### CAPÍTULO IV

#### FRENTE A LO PROBADO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

#### **I. NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO No. 360 74 994000004345 POR LO QUE ES INEXIGIBLE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA**

En el proceso se demostró que a la compañía aseguradora no le es exigible la obligación indemnizatoria pactada en la Póliza de Seguro No. 360 74 994000004345, por cuanto no se realizó el riesgo asegurado amparado en el contrato de seguro.

En este sentido, el contrato de seguro solo entrará a operar sí y solo sí, el asegurado es declarado patrimonialmente responsable por los presuntos daños que alega la parte demandante, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que impida los efectos jurídicos del contrato de seguro. Es así, como la declaratoria de responsabilidad civil constituirá el siniestro, esto es, la realización del riesgo asegurado (artículo 1072 del Código de Comercio).

En el caso concreto, la parte demandante no logró acreditar los elementos fundamentales que permiten atribuir la responsabilidad del daño en cabeza del asegurado, toda vez que i) está demostrado que para el 2 de febrero de 2016 el Consorcio Bolívar 2014 no desarrolló ninguna obra en la carrera 4 entre calles 6 y 7, por lo que no puede derivarse ninguna responsabilidad ante la ausencia de acción y ii) en el improbable caso que el despacho considere que al asegurado le asiste algún grado responsabilidad, está acreditado que la menor Leidy Jhoana transitaba sin la vigilancia y supervisión de sus cuidadores, lo cual, fue determinante en la producción del accidente, ya que se demostró que la menor caminaba por la carretera y no por el andén habilitado para el paso de los transeúntes.

En consecuencia, dado que en el proceso no se demostró la responsabilidad del asegurado en la causación del daño y que, en todo caso, se acreditó el eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, no es posible predicar alguna obligación por parte de la compañía aseguradora, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado.

**II. EN EL PROCESO SE ACREDITÓ QUE LA PÓLIZA DE SEGURO SOLO PRESTA COBERTURA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE EMCASERVICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA NO. 035 DE 2014**

Es menester advertir al despacho, que en la Póliza de Seguro No. 360 74 994000004345 se pactó el siguiente objeto:

MEDIANTE LA PRESENTE PÓLIZA SE AMPARAN LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES QUE CAUSE DIRECTAMENTE EL ASEGURADO CON MOTIVO DE UNA DETERMINADA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN QUE INCURRA DE ACUERDO CON LA LEY COLOMBIANA EN VIRTUD DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA N. 035 REFERENTE A EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. A REALIZAR LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN OBRAS DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL DE BOLIVAR CAUCA POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS SIN FORMULA DE REAJUSTE DE PRECIOS.

En este sentido, la Póliza de Seguro solo opera en el caso que se acredite que el contratista de la obra realizó alguna acción u omitió alguna de sus obligaciones pactadas en el contrato de obra No. 035 del 2014 y ello ocasionó algún perjuicio a un tercero. Siendo así, en el caso que el despacho considere que a EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. le asiste algún grado de responsabilidad, pero esta es derivada de un contrato de obra diferente al descrito y que fue ejecutado por un contratista diferente a Consorcio Bolívar 2014, la Póliza de seguro no prestará cobertura, toda vez que no corresponde al riesgo que fue asegurado ni al objeto del contrato de seguro.

**III. SE ACREDITÓ EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO No. 360 74 994000004345**

En el remoto e improbable caso que el despacho considere que le asiste algún tipo de responsabilidad a mí procurada, es indispensable considerar que en el proceso se acreditó que el límite del valor asegurado de la Póliza de Seguro No. 360 74 994000004345 es de \$517.812.338 pesos m/cte., tal como se observa:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	% INVAR	SUBLIMITE
CONTRATO		\$ 517,812,338.00		
	PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES	517,812,338.00		
DEDUCIBLES: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 10,000,000.00 \$ en PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES				
BENEFICIARIOS				
NIT 001 - TERCEROS AFECTADOS				

Por lo anterior, está demostrado que la Póliza de Seguro tiene un límite asegurado, el cual está sujeto a disponibilidad, dado que la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada.

**IV. SE DEMOSTRÓ LA EXISTENCIA DEL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA No. 360 74 994000004345**

Ante la posibilidad de una eventual condena, en el proceso se acreditó que en la Póliza de Seguro se pactó un deducible, el cual se traduce en una porción del siniestro que en todo caso debe ser asumido por cuenta propia del asegurado, veamos:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	% INVAR	SUBLIMITE
CONTRATO		\$ 517,812,338.00		
	PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES	517,812,338.00		
DEDUCIBLES: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 10,000,000.00 \$ en PREDIOS, LABORES Y OPERACIONES				
BENEFICIARIOS				
NIT 001 - TERCEROS AFECTADOS				

Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia frente al tema del deducible ha dicho:

*En una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.*

*En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".*

*Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.*

*Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores.<sup>12</sup>*

Así las cosas, en la Póliza de Seguro No. 360 74 994000004345 se pactó un deducible para el amparo de predios, labores y operaciones, el cual corresponde al 10.00% del valor de la pérdida - mínimo \$10.000.000.00, por lo que, al momento de proferir una eventual sentencia condenatoria en contra del asegurado y optarse por afectar el contrato de seguro, deberá tenerse en cuenta el deducible pactado y el que una vez calculado resulte mayor.

<sup>12</sup> Concepto 2019098264 ago. 29/2019, Superintendencia Financiera de Colombia.

**V. EN EL PROCESO SE ACREDITÓ EL VALOR DISPONIBLE EN LA PÓLIZA DE SEGURO No. 360 74 994000004345**

Es preciso advertir al despacho, que en el proceso obra como prueba documental la certificación de disponibilidad del valor asegurado en la Póliza, la cual, a fecha del 16 de septiembre de 2024, asciende a la suma de \$425.313.687, pesos m/cte.:

En atención a la providencia dictada en el curso de la audiencia inicial celebrada el 10 de septiembre de 2024, la Juez Cuarta Administrativa del Circuito de Popayán, oficio en referencia, donde solicitan certificar la disponibilidad de la aseguradora en la póliza de RCP No 360-74-994000004345., nos permitimos certificar:

La póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual Patrimonial Nro. 360-74-994000004345, tomada por la entidad CONSORCIO BOLIVAR 2014, con NIT Nro. 900745563, ha presentado tres (3) reclamaciones, todas asociadas a llamamientos en garantía dentro de procesos de reparación directa, incluyendo el presente.

Ahora bien, respecto de la disponibilidad de la póliza, se establece que actualmente se encuentran afectados \$ 92,498,651, por concepto de constitución de reserva, por lo que la suma de \$425.313.687 no ha sido afectada, sin perjuicio de los fallos judiciales que puedan comprometer dicha suma disponible o nuevos reclamos que la reduzcan.

Cualquier información adicional, puede contactarse con nuestra Gerencia de Indemnizaciones de Seguros Generales al teléfono celular 3330334595 Opción 2, en el horario de atención de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.; o al correo electrónico [siniestrosgenerales@solidaria.com.co](mailto:siniestrosgenerales@solidaria.com.co).

En este orden de ideas, ante una eventual condena el despacho no podrá obligar a mi procurada a indemnizar por un valor superior al disponible, sin perjuicio del deducible pactado en la Póliza y de que en el momento de la condena se hubieren dictado otros fallos judiciales o realizado nuevas reclamaciones con cargo a la Póliza de Seguro No. 360 74 994000004345 que causen la reducción del valor disponible.

**VI. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE EL ASEGURADO Y LA COMPAÑÍA ASEGURADORA**

Es necesario manifestar que la solidaridad surge exclusivamente cuando la ley o la convención la establecen, en el caso en concreto, la fuente de las obligaciones de mi representada está contenida en el contrato de seguro, y en este, no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Es importante insistir sobre el particular por cuanto la obligación de mí representada tiene su génesis en un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de la responsabilidad civil extracontractual propia de la aseguradora, sino de la que se pudiere atribuir al asegurado conforme a lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil, por tanto, nos encontramos frente a dos responsabilidades diferentes a saber:

- i) La del asegurado por la responsabilidad civil extracontractual que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de la ley.

- ii) La de mi representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y s.s., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado; constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, mediante sentencia SC20950-2017<sup>13</sup> ha indicado que: *“la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co.»*

Por lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto expreso entre las partes del contrato, de conformidad con el artículo 1568 del Código Civil que establece:

**ARTICULO 1568. <DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS>**. *En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*

*Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.*

**La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.**

*(Negrilla y Subrayado fuera del texto)*

En virtud de tal independencia en las obligaciones, es que se hace hincapié en esta formulación por cuanto el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora a proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual, puede alegar mi representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia, cuantía del siniestro, las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

En consecuencia, debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite y sublímite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que

<sup>13</sup> Sentencia SC-20950-2017. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Radicación No. 05001-31-03-005-2008- 00497-01.

remotamente podría surgir a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado.

## VII. PAGO POR REEMBOLSO

Sin que implique el reconocimiento de la responsabilidad, se reitera que en el improbable caso de encontrar responsable al asegurado y de llegarse a establecer que ha surgido alguna obligación resarcitoria en cabeza de la aseguradora, respetuosamente se manifiesta que la obligación de mi representada deberá imponerse por reembolso y no por pago directo a los demandantes.

Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que, cuando la compañía aseguradora es vinculada al proceso judicial mediante el llamamiento en garantía -como sucede en este caso-, surge únicamente la obligación de reembolsar lo pagado por el asegurado demandado.

*La indemnización del perjuicio o el reembolso se debe efectuar por el llamado al demandado llamante, nunca al demandante, pues se trata de dos relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas: La del demandante contra el demandado, en procura de que este sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida; y la del demandado contra el llamado en garantía, a fin de que este lo indemnice o le rembolse el monto de la condena que sufre. <sup>14</sup>*

Por lo anterior, solicito respetuosamente al despacho que, en el caso de proferir un fallo condenatorio, la obligación indemnizatoria de mi procurada se imponga por reembolso y no a través del pago directo a los demandantes.

## CAPÍTULO V PETICIONES

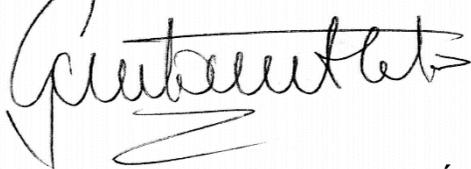
**PRINCIPAL. NEGAR** todas las pretensiones de la demanda, toda vez que no se demostró la responsabilidad administrativa de la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y, en consecuencia, se absuelva a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. de cualquier condena.

**SUBSIDIARIA.** En el remoto evento en que los argumentos del presente escrito no fueran de su convencimiento y se declare patrimonial y extracontractualmente responsable a la EMPRESA CAUCANA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., solicito se tenga en cuenta las condiciones particulares y generales de la Póliza de Seguro No. 36074994000004345, esbozadas en el escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía y reiteradas en

<sup>14</sup> Sentencia del 28 de septiembre de 1977. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

esta oportunidad procesal.

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**  
C.C. No.19.395.114 de Bogotá D.C.  
T. P. No. 39.116 del C.S. J.